

명예의 보호와 형사처벌 제도의 폐지론과 유지론

- PD수첩 광우병보도 수사에 즈음하여 -

박 경 신

고려대학교 법학전문대학원 부교수

• 하버드대학교 물리학과 및
UCLA로스쿨 졸업

1. 서 론

명예훼손의 형사처벌에 대해 다시 한 번 논의가 필요한 시점이라는 주장이 사회 일각에서 나오고 있다. 형사처벌을 반대하는 논리는 명예훼손은 개인 간의 일로서 현대사회의 공동체 이익과 무관한 민사적 사안에 불과한 것이지 국가 형벌권으로 해결할 일은 아니라는 것이다.

명예훼손법이 지키고자 하는 명예에 대한 의미 분석을 통한 폐지 의견도 있다. 명예 개념은 ‘계급적’ 성격을 띠고 있으며, 이는 주로 사회적 영향력이 있는 사람에 대한 보호를 주된 목적으로 이용될 수 있어 공인이나 공적 존재가 자신들에 대한 비판을 막기 위해 남용할 수 있으며, 이는 언론자유에 심각한 침해를 가져올 수 있다는 의견도 뒤따른다.

또 현실적으로 개인의 고소는 손해배상을 받기 위한 하나의 지렛대 역할을 하고 있으며, 결국 국가 소송으로 인한 표현의 자유 위축만 가져온다는 주장도 있다. 다시 말하자면 명예훼손 형사처벌은 사적인 목적으로 추진되는 것이며 국가가 개입하여 단지 사적 행위를 지원할 뿐이라는 주장으로서 위의 명예훼손은 ‘개인 간의 일’이라는 주장이다.

또 명예훼손에 대한 미국의 법리는 민사적 해결에 초점이 맞춰져 있으며, 이러한 경향이 세계적인 추세이기도 하다는 것도 명예훼손에 대한 형사적 처벌을 반대하는 주요 논거다.

그러나 이러한 주장에 대한 반론도 만만치 않다. 우선 미국 법리와 비교할

때 우리는 징벌적 손해배상을 받아들이지 않고 있으며, 이런 상황에서 형벌을 대체하여 예방 및 위하효과를 거둘 장치가 없다는 점이 지적된다. 또 미국 내에서도 민사적 명예회복이 무용지물이라는 논란이 있고, 민사 위주의 해결 방법이 언론의 명예훼손을 부추긴다는 비판도 존재해 그 방향이 옳다고도 할 수 없다는 것이다.

이에 대한 절충점으로 현재 반의사불벌죄로 되어 있는 명예훼손을 사자(死者)의 명예훼손이나 모욕죄처럼 친고죄로 규정할 필요가 있다는 주장도 있다. 국가 스스로의 개입을 최소화하면서도 예방효과를 거둘 수 있다는 의견에서다.

또한 우리나라가 진실한 내용에 대해서도 형사처벌을 하고 있는 점에 대한 비판도 있다. 진실한 내용이 전파되어 입게 되는 명예의 훼손에 대해서도 국가의 형벌권을 이용해 보호해야 할 가치가 있는가하는 점도 다시 생각해 볼 문제라는 것이다. 그러나 이것은 형법 제307조 1항의 폐지를 통해 별도로 해결될 수 있는 문제로서 명예훼손에 대한 형사처벌 제도 폐지 자체와는 별개의 문제이므로 직접적으로는 다루지는 아니한다.

이 글에서는 명예훼손의 형사적 처벌 폐지 논의를 둘러싼 쟁점을 살펴보고, 국내외 명예훼손 법리 및 판례를 통한 각국의 명예 보호 범위와 그 장단점, 그리고 우리 사회의 환경에 적합한 방향은 어떤 것인지 등을 살펴보고자 한다.

2. 세계 명예훼손제도 비형법화의 흐름과 그 이유

현재 세계 각국에서는 형사상 명예훼손의 폐지에 대한 논의가 한창이다.¹⁾ 물론 대부분의 국가는 형사상 명예훼손 제도를 유지하고 있다. 한 인권단체가 조사한 바에 의하면 조사 대상 주요국 168개국 158개국이

형사상 명예훼손을 유지하고 있던 하나 이들 나라에서는 2005년 1월부터 2007년 8월까지 20개월 동안 명예훼손죄로 투옥된 사람은 전 세계적으로 146명뿐이라고 한다(이 통계는 우리나라의 실행 횡수를 포함하지 않고 있으며 일본은 1 내지 4명 사이라고 한다).²⁾ 즉 전 세계적으로 평균 1년에 한 사람도 투옥되고 있지 않다고 보면 된다. 미국의 경우에도 2004년 현재 15개 주 정도가 명예훼손에 대한 형사처벌규정을 가지고 있지만 이들 주에서 제기되는 명예훼손 형사사건의 전국 총합이 1년에 약 2건에 머물 정도로 의미가 없어져버렸다.³⁾

형사상 명예훼손의 폐지는 하나의 흐름을 형성하고 있다. 아프리카의 가나는 2001년도에 멕시코 연방상원은 2007년도에 뉴질랜드가 1992년에 그리고 스리랑카가 2002년도에 형사상 명예훼손 제도를 폐지하였고 2004년에 유럽안보협력기구(OSCE)의 미디어자유대표자가 유럽의 명예훼손형사처벌제도에 관한 보고서⁴⁾를 출간한 이후에 보스니아-헤르체고비나, 에스토니아, 그루지야, 우크라이나, 몰도바가 명예훼손 형사처벌제도 자체를 폐지하였고 프랑스, 마케도니아, 몬테네그로, 불가리아, 크로아티아 그리고 세르비아가 자유형을 폐지하였다.⁵⁾ 심지어는 2007년 현재 회교 국가인 바레인에서도 명예훼손의 비(非)형사화가 논의되고 있다고 한다.⁶⁾

이들 국가에서 명예훼손의 비형사화 논의가 진행되

1) Winfield, et al., "The Abolition Movement: Decriminalizing Defamation and Insult Laws," Communications Lawyer, Fall 2007

2) <<http://www.article19.org/advocacy/defamationmap/overview.html>> 2009년 5월 31일 방문.

3) Media Law Resource Center, "Criminalizing Speech About Reputation: The Legacy of Criminal Libel in the U.S. After Sullivan and Garrison, 45-56

4) OSCE Vienna 2005 "Libel and Insult Laws: A matrix on where we stand and what we would like to achieve" <<http://www.osce.org/fom/documents.html?lsi=true&limit=10&grp=288>> 2009년 5월 31일 방문

5) <<http://www.article19.org/advocacy/defamationmap/overview>.

는 이유는 각국 정부들이 형사상 명예훼손제도를 체제유지를 위해 남용하고 있는 것으로 보이는 경우가 많기 때문이다. 또 정치인들이 형사상 명예훼손을 자신에 대한 국민들의 비판이나 자신의 정치적 라이벌을 제압하기 위해 남용할 수 있다. 특히 형사사건은 명예가 훼손되었다고 주장하는 권력자는 아무런 비용을 들이지 않고 도리어 국민의 세금을 이용하여 검찰을 동원하여 자신의 비판자들에게 타격을 가할 수 있기 때문에 더욱 문제가 된다.

예를 들어, 유럽인권재판소는 가장 최근에는 2006년도에 우크라이나 총리를 비판하는 기자에 대해 우크라이나 검찰이 형사처벌을 가한 것을 인권침해라고 규정하고 유죄판결을 번복하였다.⁷⁾ 참고로 유럽인권재판소의 결정은 EC소속 국가들에 대해 구속력을 가진다. 유럽인권재판소는 언론인들이 정부나 유력 정치인을 비판한 것에 대해 명예훼손 형사처벌을 받은 여러 사례들을 검토하였고 대부분의 사건들에서 회원국 법원의 결정들을 번복하였다.⁸⁾ 오스트리아 국내법원결정만 해도 3번의 번복이 이루어졌는데 형벌이 과도하여 언론의 자유를 침해하며 국민의 알 권리를 침해한다는 이유였다.⁹⁾ 특히 유럽인권재판소는 거의 모든 사건에서 명예훼손에 대해 자유형을 선고하는 것은 모두 과도한 형벌이라고 하였으며¹⁰⁾ 단지 인종혐오와 관련된 사건에서는 자유

명예훼손의 비형사화 논의가 진행되는 이유는 각국 정부들이 형사상 명예훼손제도를 체제유지를 위해 남용하고 있는 것으로 보는 경우가 많기 때문

html> 2009년 5월31 일 방문. 유럽안보협력기구 미디어자유대표자 Iliia Dohel의 “명예훼손의 비(非)형사화의 성과에 대한 보고문” <<http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/10/article1>> 2009년 5월 31일 방문.

6) <www.rsf.org/print.php3?id_article=22348>.

7) Eur. Ct. H.R., Case of Lyshanko v. Ukraine, Judgment of August 10, 2006, Application No. 00024040/02.

8) Dan Kozłowski, For the Protection of the Reputation or Rights of Others: The European Court of Human Rights' Interpretation of the Defamation Exception in Article 10(2), 11 COMM. L. & POL'Y 133.

9) Eur. Ct. H.R. Case of Oberschlick v. Austria (no. 2), Judgment of June 25, 1997, Application No. 00020834/92 (기자가 한 오스트리아의 보수정치인을 “바보”라고 부른 사건);

Eur. Ct. H.R., Case of Lingens v. Austria, Judgment of July 8, 1986, Application No. 00009815/82 (기자가 오스트리아의 전 총리를 ‘신랄한 기회주의’와 ‘부도덕함’을 비판한 경우);

Eur. Ct. H.R., Case of Unabh?ngige Initiative Informationsvielfalt v. Austria, Judgment of Feb. 26, 2002, Application No. 00028525/95 (기자가 한 오스트리아의 정치인의 이민정책을 ‘나치’의 것에 비유한 경우).

10) Eur. Ct. H.R., Case of Colombani and Others v. France, Judgment of June 25, 2002, Application No. 00051279/99 (모로코 정부의 마약단속의지를 조롱한 글에 대한 명예훼손 처벌 번복);

Eur. Ct. H.R., Case of Castells v. Spain, Judgment of April 23, 1992, Application No. 00011798/85 (바스크 지역의 1977년 당시 살인 사건에 대한 기사에 대한 스페인정부의

형을 허용해야 한다고 결정한 바 있다.¹¹⁾

미국의 경우도 별로 다르지 않다. 허위의 주장으로 공직자에 대한 평판을 저하시키더라도 그 주장이 허위임을 알고 있었거나 허위일 가능성을 무모하게 무시한 경우에만 명예훼손이 성립됨을 선포한 저 유명한 New York Times 대 Sullivan 판결¹²⁾과 그 판결의 잣대를 충족시키지 못하는 범죄구성요건을 명시한 형법을 위한 처분한 Garrison 대 Louisiana 사건¹³⁾ 이후 뉴욕, 캘리포니아, 일리노이, 텍사스 주를 포함한 많은 주들의 명예훼손 처벌조항이 위헌처분되거나¹⁴⁾ 주의회에 의해 자발적으로 폐기되었다.

이렇게 된 이유는 유럽에서와 마찬가지로 형사상 명예훼손이 권력자에 의해 남용되는 경우가 너무 많았기 때문이다. 1920년대부터 1956년 사이에도 형사 명예훼손의 2분의 1 정도는 정치적으로 유력한 자가 자신의 권위를 유지하기 위해 제기된 경우였다.¹⁵⁾

아직도 형사상 명예훼손을 유지하고 있는 미국의 주들의 경우를 살펴봐도 마찬가지이다. 위에서 말한 매우 적은 수의 사건들 중에서도 매우 높은 비율의 사건들이 공직자들이 자신들에 비판적인 민간인들을 보복하기 위해 제기된 것이었다. 1990년부터 2002년 사이에 있었던 23건의 반이 정치적인 처벌로 분석되었다.¹⁶⁾ 이러한 이유로 형사 명예훼손 사건들의 유죄판결이 상급법원의 법률심에 의해 번복되는 예들을 심심치 않게 찾을 수 있다.

이와 같이 공직자에 의해 제기된 명예훼손 형사 소송이 번복되는 흐름은 유럽과 미국에서만 국한된 것이 아니다. 아메리카인권협약에 가입한 중남미의 국가들 역시 국내의 언론인들이 자국의 정치인들에 대해 비판적인 기사를 써서 명예훼손 처벌을 당하는 것에 대해 인권협약에 위반된다는 결정을 하였다.¹⁷⁾

명예훼손 처벌 번복);

Eur. Ct. H.R., Case of Scharlach and News Verlagsgesellschaft v. Austria, Judgment of November 13, 2003, Application No. 00039394/98 (오스트리아에서 극우단체와의 연정을 반대하는 글에서 한 극우보수정치인의 부인을 '장롱나치'라고 비난한 것에 대해 사소(私訴)에 의한 4천유로 및 2천유로의 벌금형이 내려지자 이 판결을 번복함);

Eur. Ct. H.R., Case of De Haes and Gijssels v. Belgium, Judgment of February 24, 1997 (빨기예의 특정 판사의 이혼판결을 비판한 글을 쓴 기자에 대한 명예훼손 형사처벌을 번복함), Application No. 00019983/92;

Eur. Ct. H.R., Case of Dalban v. Romania, Judgment of September 28, 1999, Application No. 00028114/95; Eur. Ct. H.R., (루마니아에서 기자가 공기업체 사장의 비리를 폭로한 것에 대하여 받은 명예훼손 형사처벌을 번복함.)

Case of Thorgerir Thorgerirson v. Iceland, Judgment of June 25, 1992, Application No. 00013778/88; Eur. Ct. H.R., Case of Nilsen and Johnsen v. Norway, Judgement of November 25, 1999, Application No. 00023118/93;

Case of Barford v. Denmark, Judgment of February 22, 1989, 149 Eur. Ct. H.R. (Ser. A).

11) Eur. Ct. H.R., Case of Cumpana and Mazare v. Romania, Judgment on Dec. 17, 2004, Application No. 0033348/96.

12) 376 U.S. 254 (1964)

13) 379 U.S. 64 (1964)

14) Ashton v. Kentucky, 384 U.S. 195 (1996) (노동운동가가 지역경찰이 파업 중인 탄광의 사측에 유리한 위법행위를 저질렀다고 주장한 것에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 미 연방대법원 결정)

Gottschalk v. State, 575 P.2d 289 (Alaska 1978) (주경찰 소속 경관이 민간인을 상대로 절도행위를 저질렀다고 주장한 것에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 결정)

Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1978) (지방판사의 무능함을 지적한 변호사에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 미 연방대법원 결정)

Ivey v. State, 821 So. 937 (Alabama 2001) (변호사가 여성을 사주하여 부주지사 선거 출마자가 그 여성을 폭행했다고 주장하도록 한 것에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 결정)

State v. Browne, 205 A.2d 591 (N.J. Super Ct. App. Div. 1965) (시장선거에서 상대방 후보가 공금을 횡령하였다고 주장한 것에 대한 명예훼손 기소를 기각한 결정.)

Fitts v. Kolb, 779 F.Supp. 1502 (D.S.C. 1991) (2명의 주의회 의원의 부패상을 고발한 기자에 대한 형사 명예훼손 사건에서 주법 자체를 위헌처분한 결정)

Weston v. State, 528 S.W.2d 412 (A.G. 1975) (지방경찰청장과 마약조직과의 연루설을 고발한 주간지 편집자와 발행인에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 결정)

Commonwealth v. Armao, 286 A.2d 626 (Pa. 1972) (지방 유력 인사와 율리업소와의 연루설을 고발한 주간지 편집자에 대한 명예훼손 유죄판결을 번복한 결정)

15) Robert A. Leflar, The Social Utility of the Criminal Law of Defamation, 34 Texas Law Review 984 (1956)

16) Russell Hickey, A Compendium of U.S. Criminal Libel

이에 따라 월드뱅크¹⁸⁾, 유럽의회의 사무총장¹⁹⁾, UN사회경제규약 특별조사관²⁰⁾, Organization of American States²¹⁾, Organization for Security and Cooperation in Europe²²⁾ 등의 기관들이 모두 형사상 명예훼손의 폐지를 촉구하고 있다.

현재 명예훼손에 의해 실형이 선고되고 있는 나라들은 러시아, 몽고, 카자흐스탄, 브라질, 베네수엘라, 카메룬, 케냐, 버마, 태국, 인도네시아, 예멘, 오만, 아프가니스탄 등의 개발도상국이나 후진국들이며 선진국으로는 스페인이 2003년에 바스크 독립주의자가 국왕을 ‘고문의 괴수’라고 칭한 것에 대해 형사처벌을 하여 오명을 뒤집어쓰고 있다.

위의 세계적 흐름에도 불구하고 일본은 명예훼손 형사처벌제도를 활발하게 이용하고 있다. 독일은 명예훼손제도를 유지하고 있고 독일 형법을 계수한 일본 역시 명예훼손 형사처벌 제도를 유지하고 있다. 하지만 독일은 명예훼손으로 투옥된 사람들이 최근에 한 명도 없었고 단지 독일이 특수하게 보유하고 있는 모욕죄의 사소(私訴)에 의한 벌금형이 매우 활발하게 이용되고 있을 뿐이다. 스페인의 경우는 일반적인 명예훼손 형사처벌제도보다는 국왕모독죄에 따른 형사처벌이 더 큰 비중을 차지하고 있다. 이러한 시각에서 보면 일본의 명예훼손 형사처벌 제도의 활발한 운영은 선진국에서는 거의 유례가 없다고 보인다.

일본의 형법 제230조는 “공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 그 사실이 진실인지 허위인지에 관계없이 3년 이하의 징역이나 구금 또는

명예훼손의
비(非)형사화라는
세계적 흐름에도 불구하고
독일과 일본은 명예훼손
형사처벌제도를 유지

Prosecutions: 1990-2002, Libel Defense Resource Center Bulletin, Mar. 27, 2002, 97쪽

17) I/A Court H.R., Case of Ricardo Canese v. Paraguay, Judgment of August 31, 2004, Ser. C No. 111; See also, I/A Court H.R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica, Judgment of July 2, 2004, Ser. C No. 107 (코스타리카의 언론인이 유력외교관의 해외에서의 위법행위를 고발한 기사에 대한 명예훼손 유죄판결 번복).

18) www.worldbank.org/wbi/news/docs/jdwwpopedwpcf.htm.

19) 2006년 5월 유럽의회의 사무국은 “형사처벌의 위협은 특히 반역적이다. 모든 유럽의회 회원국들은 자국의 법을 검토하여 형법 조항들을 폐지하고 언론인에 대한 과도한 민사 손해배상을 금지해야 할 것이다” 라는 성명을 발표함. <www.erc.hrea.org/lists/hr-media/markup/msg00207.html> 2009년 5월 31일 방문

20) 2004년 12월 17일, 특별조사관 Ambeyi Ligabo는 “국제인권기준에 충족하기 위해서는 각국은 명예훼손 사건을 민법으로 다루어야 하며 벌금은 기자들의 재정적 능력에 비추어 적절한 수준에 그쳐야 한다”라고 권고하였다. <www.daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/106/90/PDF/G0510690.pdf?OpenElement>.

21) <www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID_680&LID_1>

22) <www.osce.org/documents/rfm/2007/03/23842_en.pdf>.

<www.osce.org/documents/rfm/2003/11/3346_en.pdf>

50만 엔 이하의 벌금에 처한다”고 하고 있고 형법 제 230-2조는 “상기 조항의 행위가 공익에 관한 사실을 통해 이루어졌고 오로지 공익을 증진하기 위한 목적으로 행하여졌다면 그리고 그 사실이 진실임이 입증된다면 그 행위는 처벌되지 아니한다”라고 되어 있다.²³⁾

일본은 온라인을 통한 소문이 활발해지면서 거의 사문화되어 있던 명예훼손 형법조항이 사용되기 시작하여 2003년 현재에만 1년 동안 300건 이상의 체포가 있었다고 한다.²⁴⁾ 이를 보고한 학자는 그 이유로서 “명예를 통한 사적 순위 정하기(private ordering through reputation)”를 들고 있다. 즉 자원을 여러 선택지들 사이에 분배함에 있어 자신의 평가 보다는 후보들이 가지고 있는 평판 즉 타인들의 평가를 매우 중요시 생각한다는 것이다.

그러나 필자가 보기에는 이와 같은 사회현상이 바람직한 것인지 계속 유지될 것인지의 불분명해 보인다. 타인들의 평가도 시장경제에서 중요한 역할을 하지만 타인들의 평가와는 독립적으로 자신만의 평가를 내리는 것 역시 시장경제에서 빼놓을 수 없는 역할을 한다. ‘타인들의 평가’에 의해서 자원분배가 이루어진다는 것은 사실 주체적인 평가가 이루어지지 않는다는 것이며 이와 같은 현상은 시장지배적 사업자들에게 결정적으로 좋은 영향을 미치게 되며 시장경제의 공정한 경쟁을 저해한다. 결국 우리나라는 세계적인 흐름을 따를 것인지 일본을 따를 것인지에 대해 생각해보아야 한다.

3. 폐지론

가. 범죄구성요건의 추상성

우리나라에서 명예훼손 형사처벌의 문제점을 가장

먼저 제기한 사람은 신평 판사인 듯하다. 다음을 음미해보자.

언론 출판의 자유는 우리의 인간다운 삶을 가능케 하는 민주제의 필수불가결한 본질적 요소이다. 위에서 실시한 관점에 선다면 어느 표현이나 진술이 문제가 있다면 원칙적으로 여기에 대해서는 다른 표현이나 진술로 대항하게 하는 것이 옳다. 법에 의한 도움을 빌려 해당 표현, 진술의 해악을 제거하는 것은 다른 표현, 진술로서는 도저히 할 수 없을 때 부차적으로 인정된다고 하는 것이 마땅하다. 표현의 영역에서 가능하면 법의 힘은 제한적으로 미치게 하는 것이 타당하다. . . 민사상 불법행위책임을 물어 손해배상책임을 가하는 제재는 그것이 타인의 명예권침해라는 요건사실의 충족이 있어야 한다. 결과발생이 요구되는 것이다. 그 배상책임액을 신축적으로 산정한다면, 이것이 갖는 언론 출판의 자유에 대한 상당한 제약적 효과를 부정할 수 없다손

23) 여기까지는 공연성, 사실적 주장, 명예훼손을 기본적인 범죄구성요건으로 하고 공익적 목적과 진실을 위법성 조각사유로 하는 한국법과 그리 다르지 않다. 그러나 형법 제230-2조는 제2항과 제3항에서 주장된 사실이 “기소 이전의 타인의 범죄행위”나 “공직자 또는 공직선거후보자”에 관한 것일 경우 모두 진실이 완전항변이 된다는 점에서 큰 차이가 있다. 즉 우리나라에서는 범죄의혹이나 공직자에 대한 진실된 보도를 하는 경우에도 혹은 형법 제301조 상의 ‘오로지 공익을 위하여’ 요건을 충족시킬 수 있는지에 대해 두려워해야 하지만 일본에서는 위 두 사안에 대해서는 진실된 보도를 자유롭게 할 수 있다는 것이다. 장자연 리스트와 관련된 조선일보 방상훈 사장의 실명보도 논란에 의미를 가질 것으로 보인다.

24) Salil K. Mehra, “Post a Message and Go to Jail: Criminalizing Internet Libel in Japan and the United States”, 78 University of Colorado Law Review 767 (2007). 변호사의 숫자가 적고 징벌적 손해배상제도가 없어 사법(私法)적인 피해구제절차가 강력하지 못하여 형사적 처벌이 강조되고 있다는 설명도 있다. 하지만 이 설명은 명예훼손뿐만 아니라 모든 법률분야에 적용되는 것이며 왜 유독 명예훼손 분야에서만 일본에서 형사절차가 민사절차에 대하여 다른 나라에 비추어 상대적으로 더 활성화되었는지 설명하지 못한다. 그러나 명예훼손 분야에서만 고유하게 형사절차를 민사절차에 비하여 상대적으로 선호하는 1차적 이유가 발견되면 (예를 들어, 본문에서 설명하는 private ordering의 사회적 중요성) 그 이유의 작용을 강화하는 2차적 이유가 될 수는 있을 것으로 보인다.

치더라도 일응 이 제재수단은 수긍될 수 있다고 본다. . . 그러나 형사상의 명예훼손죄 규정에 의한 제재수단은 근본적인 문제를 안고 있다. 왜냐하면 명예훼손죄는 일반적으로 추상적 위험범이라고 설명되기 때문이다. 명예침해가 발생할 추상적 위험만 있으면 명예훼손죄에 해당하게 되는 것이다. 과연 이러한 위험성만으로 언론 출판의 자유에 대한 가장 강력한 제재수단으로 작용하게 하는 것이 타당할는지 의문을 가지지 않을 수 없다.²⁵⁾

신평은 이에 따라 우선 명예훼손 형사처벌제도에 대한 재검토를 강변하는 한편 제도가 폐지되지 않은 현실에서 범죄구성요건을 더욱 강화할 것을 요청하였다. 미국연방대법원의 실제 악의(actual malice)기준²⁶⁾을 도입하거나 고의나 중과실의 경우에만 명예훼손을 인정하는 방식을 제안하였다.²⁷⁾

즉 헌법재판소가 1999년에 공적인 사안에 대해서는 ‘허위를 진실한 것으로 믿고서 하였거나 중요한 내용이 아닌 사소한 부분에 대한 허위보도’는 면책되어야 하고 ‘허위라는 것을 알거나 진실이라고 믿을 수 있는 정당한 이유가 없는데도 진위(眞僞)를 알아보지 않고 게재한 허위보도’는 면책될 수 없다고 한 결정²⁸⁾이후에 대법원이 2003년에 ‘악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 경우’에만 명예훼손 책임을 지을 수 있다는 판결²⁹⁾로 발전시켰는데 이를 한발 더 나아가게 하여 아예 ‘허위임을 알거나 진위여부를 무모하게 무시한 경우’에만 명예훼손 책임을 지우는 기준에 맞추자는 것이다.

그러나 위 주장은 우선 자신이 지적한 명예훼손 형사처벌제도의 폐지 이유와 조응하지 않는 해결책이라고 하겠다. 명예훼손 형사처벌이 ‘추상적 위험범’ 이론인 것이 문제라면 이에 대해 형사처벌에 있어서도 평판의 저하를 정량

‘악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 경우’ 명예훼손 책임을 지우는 것에서 더나가 ‘허위임을 알거나 진위여부를 무모하게 무시한 경우’ 책임을 지우자는 주장 있어

25) 신평, <명예훼손법>, 청림출판(2004년), 312-3쪽.

26) 필자는 “실제 악의”가 “현실적 악의”보다 더욱 우수한 번역이라고 믿는다. 원문인 actual malice를 설명하면서 미연방대법원은 NY Times 대 Sullivan사건에서 ‘허위임을 알았거나 진위 여부를 무모하게 무시한 경우 (with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not)’로 설명하고 있다. 즉 ‘허위인줄 알면서 한 허위보도’가 중심에 있고 혹시 ‘허위임을 무모하게 외면한 경우’를 보충적으로 포함시키기 위해 위와 같은 표현을 쓴 것으로 보인다. 즉 핵심은 ‘허위임을 실제로 알았거나 실제로 알아야 한다고 할 만큼 허위를 모른 것이 무모한 경우’에 책임을 부과하겠다는 것이다. Sullivan, 280쪽.

27) 신평, 316-7쪽.

28) 헌법재판소 1999. 6. 24. 선고97헌마265 결정. 같은 결정에서 현재는 ‘허위라는 것을 알거나 진실이라고 믿을 수 있는 정당한 이유가 없는데도 진위를 알아보지 않고 게재한 허위보도’는 면책을 주장할 수 없다고 하였다.

29) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결

적으로 증명하도록 요구하는 등의 해결책이 제시되었어야 한다.

그러나 신평의 주장의 문제점은 더욱 근본적인 곳에서 찾을 수 있다. 신평의 폐지주장의 가장 강력한 힘은 명예훼손죄가 ‘추상적 위협범’이라는 통찰에서 비롯된다. 즉 살인, 사기 등은 명백한 피해가 나타나지만 명예훼손의 경우 실제로 피해가 뚜렷하지 않다. 예를 들어 내가 가르치던 학생이 전과자라고 누군가 허위주장을 하여 내가 그 학생에 대해 더 좋지 않은 생각을 가지게 되었다고 하자. 그러나 그것이 어떤 피해로 나타날지는 또는 실제로 아무런 피해가 발생할지는 불분명하다는 것이다.

이 주장의 문제점은 상당수의 형법이 이와 같은 구체적인 피해가 없는 행위에도 형벌을 부과한다는 것이다. 예를 들어, 마약음복, 음란물배포, 간통 등의 경우가 그러하다. 물론 자유주의적인 입장에서는 특정할 수 있는 구체적인 피해가 없는 경우에도 책임을 부과하는 모든 형벌제도에 이의를 제기할 수는 있다. 사실 허위사실유포죄가 위헌이라는 주장의 핵심은 특정할 수 있는 구체적인 피해가 없이 표현의 자유를 제약한다는 것이다.³⁰⁾ 하지만 허위사실유포죄는 그 결과의 추상성 및 불특정성이 명예훼손죄의 그것보다 훨씬 높다고 보여진다.

정리하자면 신평의 ‘추상적 위협범’ 주장은 지금 당장 명예훼손에 대한 형사처벌제도를 고유하게 폐지될 수 있는 근거가 되기는 어려울 것으로 보인다.

나. “명예훼손은 개인 간의 일로서 민사적 사안”
이라는 폐지론³¹⁾

위의 주장은 이 장의 제목에 나타난 문구 이상으로 제기되지 않아 주장을 제기한 자에게는 불공평

한 논의가 되지 않을까 우려스럽지만 논의의 진행을 위하여 몇 자 적고자 한다.

‘개인 간의 일’이라고 할지라도 입법자가 그 일에 있어서 보호되어야 할 공익이 있어 그 공익을 보호하기 위해 형법을 통해 개입하고자 하였다면 절차적 하자가 없는 한 이 형벌제도는 존중이 되어야 한다. 오토바이를 탈 때 헬멧을 쓰지 않는다거나 배우자가 있는 이성교제를 하는 행위 등은 ‘한 개인의 일’이거나 ‘개인 간의 일’이지만 국가가 형사적으로 개입하고 규제하는 것이 허용되고 있다. 물론 위 행위 자체들에 대해서도 자유주의적인 시각에서는 위헌이라는 주장이 제기될 수 있다.

하지만 명예훼손은 위에서 살펴보았듯이 타인에게 직접적인 그리고 구체적인 피해를 주게 되는 것이며 자유주의적인 시각에서 보더라도 위헌이라는 주장을 하기는 어렵다. 물론 신평이 주장한대로 명예훼손죄는 ‘추상적 위협범’이라는 주장을 받아들인다면 명예훼손은 타인에게 직접적이거나 구체적인 피해를 주는 것이 아닌 것으로 볼 수도 있다. 하지만 명예훼손은 간통이나 음란물배포와는 다른 차원에서 피해자에 대한 강제적 효과가 있다. 즉 명예훼손은 제3자가 피해자에 대한 평판을 훼손시키므로 피해자가 감시하고 통제할 수 없는 상황에서 이루어질 수 있다. 명예훼손을 ‘개인 간의 일’이라고 보기는 어려울 것 같다.

다. “명예훼손 형사처벌은 명예라는 계급적 가치를 보호하므로 사회적 영향력이 있는 공인이나 공적 존재가 자신들에 대한 비판을 막기 위해 남용할 수 있다”

30) 박경신, “허위사실유포죄의 위헌성에 대한 비교법적 분석”, 『법학연구(인하대학교)』 제12집 제1호 게재 (2009년 5월).

31) 유승삼, ‘오보할 자유를 허하라’, 내일신문 칼럼 <<http://www.naeil.com/News/economy/ViewNews.asp?num=465481&sid=E&tid=8>> 2009년 5월 31일 방문

위 주장은 들로 나누어볼 수 있다. 첫째, 사회적 영향력이 있는 공인과 공적 존재들이 행사하는 영향력이 크기 때문에 타인에게 피해를 줄 우려가 있으므로 지속적으로 비판과 감시의 대상이 되어야 하는데 명예훼손 소송은 이와 같은 비판과 감시를 어렵게 한다는 점이다. 둘째, 이들은 그 영향력을 검찰에 행사하여 자신들에 대한 비판을 막기 위해 기소를 종용할 수 있다는 것이다.

두 번째의 우려는 사회적 영향력이 있는 사람이 피해자 또는 잠재적 고소인이 되는 모든 소송에 똑같이 적용되므로 명예훼손 형사처벌제도의 폐지근거가 되지 않는다.

첫 번째 우려의 경우 명예훼손에만 고유하게 적용되는 이유인 것이 사실이다. 즉 명예훼손죄는 말을 한 사람을 그가 한 말에 대해 법적책임을 지우는 제도이며 우리 사회가 그 말 - 즉 공인에 대한 비판 - 을 소중하게 생각한다면 이에 대해 형벌을 부과하는 것은 금기시되어야 한다. 하지만 이 우려는 명예훼손에 대한 민사소송제도에도 똑같이 적용된다. 즉 형사처벌제도가 가지고 있는 특성에 천착하지 못하고 있어 형사처벌제도 폐지론 보다는 신평이 위에서 제안한 위법성조각사유 강화론으로 수렴될 가능성이 더욱 높다.

라. “형사고소는 손해배상을 받기 위한 하나의 지렛대 역할일 뿐이다”³²⁾

형사고소가 민사사건의 지렛대 역할을 하는 경우는 명예훼손 외에도 많이 있다. 예를 들어 억울하게 사기를 당하였으나 스스로 입증하기가 어려운 경우 사기고소를 하여 검찰의 힘을 빌려 사기당한 돈을 되찾는 민사소송을 별도로 진행할 수도 있다. 형사소송의 결과가 민사소송에 영향을 미치는 것 자체가 문제라고 하기는 어렵다.

마. 프라이버시권과의 형평성

명예권과 유사한 프라이버시권 침해의 경우 그 처벌을 위한 형법규정이 존

명예훼손 형사처벌이
공인과 공적존재들의 비판과
감시를 어렵게 만든다는
우려는 민사소송제도에도
똑같이 적용되며,
형사처벌제도 폐지론 보다는
위법성조각사유 강화론으로
수렴될 가능성이 높아

32) 법무부 ‘고소사건, 일본의 155배 - 묻지마 고소 생각 좀 해봅시다’, 2006년 6월 15일 네이버 기사<<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=001&oid=169&aid=0000000030>>; 소성규, 명예훼손으로 인한 손해배상책임에 있어서 면책법리에 관한 연구, 민사법학, 제18호, 577면.

재하지 않는다는 점에서 명예권침해도 형사법영역에서 벗어나게 하는 것이 옳다는 관점도 제시되고 있다.³³⁾ 그러나 이에 대해서는 “일반적으로 개인의 정보누설을 수단으로 하는 프라이버시권의 침해의 경우, 그 유형 및 결과에 따라 비밀침해죄나 명예훼손죄로 귀결될 수 있고, 그 외 유형의 경우에도 사회적 유해성 및 보호필요성이 인정되는 경우 앞으로 얼마든지 형법의 보호영역내로 들어올 수 있다”는 반론이 타당한 것으로 보인다.³⁴⁾ 실제로 2008년 8월 16일 행정안전부는 이러한 목적으로 개인정보보호법을 입법 예고하기도 하였고 이 법안에는 형사처벌이 포함되어 있다.³⁵⁾

바. 형사처벌의 “방패”로서의 위험성

필자는 명예훼손 형사제도가 도리어 명예를 보호하기 어렵게 만든다고 본다. 예를 들어 억울하게 명예를 훼손당한 사람이 고소를 할 경우 이것이 공적인 사안일 경우 이에 대해서는 맞고소를 하는 경우를 자주 볼 수 있다. 즉 명예훼손 형사고소의 가능성은 도리어 명예훼손을 당한 사람의 피해구제를 수월하게 하는 만큼 명예훼손을 한 사람의 반격도 수월하게 한다.

도리어 명예훼손 형사고소는 명예훼손이 아닌 다른 피해에 대해 고소를 한 사람이 그 고소내용을 여러 사람들에게 알리고자 할 경우 이 피해자를 입막음할 수 있는 제도로 작용한다.

대구에서는 대학교수가 2000년 5월 12일 자신의 조교에게 독한 고량주를 마시도록 하여 정신을 잃게 하고 호텔로 데려가 강간한 사건이 있었다. 피해자의 고소로 2001년 3월 13일에 대구고등법원에서 징역 2년에 집행유예 3년의 형을 받은 후 유죄가 확정되었다. 2000년 7월에는 한 대학교수가

자신의 연구실에서 피해자를 강제로 꺼안고 자신의 성기를 만지게 하는 등 강제로 추행하였으나 피해자의 합의로 풀려나게 되었다. 재판이 진행되는 동안 시민단체들이 위의 2인의 교수에 대한 엄정한 수사 및 처벌을 요구하였는데 2인 모두 위 사실을 공개한 시민단체 대표들을 명예훼손 혐의로 고소하여 ‘성폭력 역고소 대책위원회’가 구성되었다.³⁶⁾

하지만 명예훼손 형사처벌제도를 폐지할 이유라기보다는 명예훼손 형사처벌제도의 실효성에 이의를 제기하는 주장이라고 할 수 있다.

사. 형사처벌의 주체가 정부부처라는 점

필자는 형사소송에 고유하게 발생하는 문제점은 바로 형사처벌이 국가에 의해 수행된다는 점이라고 본다. 위에서 살펴보았듯이 표현의 자유의 가장 큰 가치는 자유민주주의 사회에서 강제력을 독점하고 있는 국가 및 그 국가를 운영하는 공직자들에 대한 비판과 감시라고 할 것이다. 현대에 감시하는 눈과 비판하는 입이 없는 사회는 부패와 인권침해의 온상이 될 수밖에 없다는 단순한 진리는 표현의 자유 보호지수와 부패지수와의 반비례관계에 대한 국제기구들의 연례 조사에

33) 신평, 새로운 명예훼손법 체계의 구축에 관한 시도, 공법연구, 제31집 제3호, 2003년 3월호, 214쪽.

34) 주승희(한국형사정책연구원 부연구위원) - 2006년 한국형사법학회 춘계학술대회 발표문 “인터넷상 명예훼손행위에 대한 형사처벌의 타당성 검토”, 16쪽.

35) 2009년 8월 12일 행정안전부 장관 발의안 제58조에서 제62조까지. <<http://www.mopas.go.kr/gpms/ns/mogaha/user/userlayout/bulletin/userBtView.action?userBtBean.bbsSeq=1035767&userBtBean.ctxCd=1007&userBtBean.ctxType=21010005¤tPage=111>> 2009년 6월 1일 방문

36) <http://www.hotline.or.kr/kwh/bbs/board.php?bo_table=kwh_act14&wr_id=43&page=0>

의해 확인되고 있다.³⁷⁾ 그런데 명예훼손 형사처벌은 감시와 비판의 대상이 되어야 할 국가가 법을 앞세워 국민과의 토론을 힘으로 압도할 수 있는 통로가 된다.

실제로 이와 같은 사례로 지적되고 있는 것이 바로 MBC PD수첩 광우병 보도에 대한 검찰수사이다.

〈MBC PD수첩 광우병 보도에 대한 수사〉

MBC PD 수첩은 2008. 4. 29. 「긴급취재, 미국산 쇠고기 과연 광우병에서 안전한가」 제하의 프로그램에서 미국의 도축실태 및 인간광우병 발생 우려 등에 대해 보도하였다. 2008. 6. 20. 농식품부는 “진위여부가 불분명한 가설이나 일방적 주장에만 의거한 편파적 보도로 미국산 쇠고기와 광우병에 대한 과도한 불신과 불안을 야기하고, 방송 전반을 통해 농식품부가 미국산 쇠고기의 안전성에 대한 충분한 사전검토와 실태파악도 거치지 않은 것처럼 보도하여 그 동안 미국과의 협의과정에서 식품의 안전성을 지키기 위해 정부가 기울인 노력을 폄하하고 신뢰에도 치명적인 손상을 가하는 한편 장관과 협상대표들의 명예를 직접적으로 침해하였다”는 이유로 ① 미국여성 아레사 빈슨의 사인을 인간광우병인 것처럼 의도적으로 사실을 왜곡보도 ② 주저앉은 소의 동영상을 광우병에 걸린 소의 동영상으로 의도적으로 왜곡보도 ③ 라면스프, 의약품, 화장품을 통해서도 광우병에 감염될 위험이 있다고 허위보도, ④ 농식품부가 미국의 실정을 잘 모르거나 알면서도 숨기고 수입 위생조건 개정에 합의하였다고 보도한 부분에 대하여 수사의뢰하였다.

이에 대해 검찰은 위 사건을 수사하면서 MBC 제작진들을 상대로 인터뷰 동영상 원본자료 및 번역본, 원어 대본 등을 지참하고 출석할 것을 요구하였으나 제작진들이 이에 불응하자, 2008. 7. 29. 「PD수첩 사건 자료제출요구」라는 제목으로 136페이지의 자료를 언론에 공개하였다. 위 자료제출요구에 따르면 “PD수첩이 어떤 의도를 가지고 다운너 소를 광우병에 걸린 소

명예훼손의 형사처벌은 감시와 비판의 대상이 되어야 할 국가가 법을 앞세워 국민과의 토론을 힘으로 압도할 수 있는 통로가 될 수 있어

37) Transparency International, Transparency International Corruption Perceptions Index 2007<www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2007>, Freedom House, “Global Press Freedom 2007,” <www.freedomhouse.org/uploads/fop/2007/pfscharts.pdf>

내지 광우병 의심소로 일방적으로 각인시켰다는 지적에 대하여 이와 관련된 자료를 제출하기 바람,라는 점에서 왜곡보도라는 지적에 대하여 이와 관련된 자료를 제출하기 바람, ...위반이 있는 것으로 오인하게 하여 보도의 공정성 및 객관성 등에 문제가 있다는 지적에 대하여 이와 관련된 자료를 제출하기 바람” 등의 표현을 사용하여 보도자료로 배포하였고, 이후 각 언론에서 “검찰은 PD 수첩이 의도적 왜곡보도 하였다고 결론내림”이라는 내용으로 보도되었다. 검찰은 그 이후 압수수색영장 및 체포영장을 발부받아 관련 PD들을 체포하고 원본테이프의 압수수색을 시도하는 등의 수사를 지금까지도 진행 중에 있다.

이에 대해서는 필자는 검찰의 7. 29 공개자료 전문을 숙독한 후 다음과 같은 판단을 내려 공개를 한 바 있다.³⁸⁾

첫째, 아레사 빈슨 유족, 의사 및 미국의 현지 언론들이 ‘CJD가 의심된다’고 말할 것을 ‘vCJD인지 의심하고 있다’고 바꾼 것은 허위가 아니라 당연한 조치였다. 현지에서는 vCJD는 CJD와 다른 병이 아니라 CJD 중의 하나로 지칭되고 있음이 검찰자료에도 나와 있다. 언론보도의 예를 들면 “광우병 감염이 의심되는 여성”이라는 제목 하에 “CJD는 1백만 명 중의 1명에서 나타나며 쇠고기를 먹으면 걸릴 수도 있다”라는 식이다. 이 사건이 애당초 유명해진 것도 누구나 먹는 쇠고기에 의해 전염되는 vCJD감염가능성 때문이었지 전염통로 자체가 희귀한 일반 CJD의 감염가능성 때문이 아니었다.

둘째, 주저앉은 소(다우너)를 ‘광우병 의심소’로 지칭한 것은 허위도 과장도 아니다. 실제로 다우너가 광우병이 아니라고 입증된 바가 없다. (물론 다우너의 원인은 수백 가지가 될 수가 있고 광우병이 그 중

의 하나일 뿐이지만 그렇다고 해서 그중에서 광우병 감염소의 비중이 몇 마리인지 확인된 바가 없다 - 편집자 추가) 사실 광우병의 위험 때문에 오바마 대통령은 모든 다우너의 도축을 금지하지 않았는가. 앵커가 다우너를 가볍게 단 한번 ‘광우병 걸린 소’라고 지칭하는데 이미 앞에서 ‘광우병이라고 단정할 수 없다’라고 확정적으로 내레이션 된 후였다. 빈슨에 광우병 ‘의심’ 진단을 내린 의사가 주치의인지 아닌지도 마찬가지이다. ‘의심’ 진단은 의심 ‘진단’일 뿐이다.

셋째, 나머지 소위 ‘허위’로 지적되는 것은 피해자들의 명예에 영향을 주지 못한다. 미국에서 학교급식에 이용된 리콜쇠고기의 양이 1억 톤인지 3천만 톤인지 전혀 이들의 명예와 관련이 없다.

넷째, 미국의 리콜이 2급이었다는 것, 미국인의 먹을거리 불안감 여론조사의 조사방법, 도축장이 적발된 법이 위생법이 아니라는 사실 등을 생략한 것은 허위가 아니다. 사물의 어느 측면을 언급할 지는 순전히 견해의 영역이며 법적규제의 밖에 있다.

다섯째, “94% 발병률”, “발병률이 다른 나라에 2-3배”, “화장품 · 의약품으로 전염가능”, “0.1g의 위험물질로 사망”, “발병하면 100% 사망” 모두 과학자들이 특정한 조건들을 가정한 상황에서

38) 박경신, “PD수첩, 수사거부가 법치구현”, 미디어오늘 2009년 4월 12일 게재 캡컷<<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=78822>> 이 글에서 필자는 검찰이 ‘허위’가 무엇인지도 특정하지 못한 상황에서 체포영장이나 압수수색영장을 신청한 이상 이 영장들은 형사소송법상의 영장발부요건을 충족시키지 못하였으므로 모두 거부되어야 하나 발부되었으므로 그 집행이 거부됨이 마땅하다고 주장하였다. 이에 대해 검찰의 수사가 타당하지 않더라도 적법하게 발부된 압수수색영장과 체포영장의 집행은 허락하여야 하지 않겠는가 이의를 제기하는 사람이 있을 것이다. 그러나 이에 대해서는 특별히 언급하지 않겠다. 단지 유신독재시절 긴급조치 1호에 따라 발부된 체포영장이나 압수수색영장의 집행을 반드시 허락하여야 하는가 반문해볼 필요는 있다. 이것은 특별히 언론의 취재원공개 거부권까지 언급을 하지 않더라도 논의해 볼 만한 것이다.

불완전한 정보에 근거하여 수립한 가설들을 그대로 옮긴 것이며 누구에 의해서도 허위라고 입증된 바가 없다. 진실로 입증되지도 않았지만 진실의 근거가 충분하지 않다고 하여 허위로 단죄되어 법적 책임을 져야 한다면 신의 존재를 믿는 모든 신앙인들은 모두 감옥에 가야 할 것이다.

결론적으로 말하면 첫째, 검찰은 ‘허위’가 무엇인지에 대해 아무런 특정을 하지 못하고 ‘허위적시’에 의한 명예훼손 수사를 진행하고 있는 것이다. 둘째, 명예훼손 피해를 주장하는 이가 공인이고 사안도 공적 사안인 이상 현재의 현재 결정이나 대법원판례에 따르면 검찰이 ‘허위’라고 지적하는 내용들은 PD 수첩의 제작진이 외국의 과학자나 언론의 주장을 옮긴 것이고 충실히 옮기지 못한 부분은 사소하므로 면책되어야 함이 마땅하다.

셋째, 위 수사의 가장 큰 문제점은 따로 있다. 사람들은 세상의 많은 사물들에 대해 평가를 하게 되고 이 평가에 대해 동의를 하지 않는 말들은 그 평가자들의 명예를 훼손할 수 있다는 논리이다. 정운천, 민동석 등이 “농식품부가 미국의 실정을 잘 모르거나 알면서도 숨기고 수입 위생조건 개정에 합의하였다고 보도”하였다고 고소장에서 주장하는 것도 실제로 MBC가 그러한 보도를 하였다는 것이 아니고 자신들은 미국산 쇠고기를 ‘안전하다’고 평가하였는데 이를 허위로 ‘안전하지 않다’라는 보도를 함으로써 - 자신들은 미국산 쇠고기의 광우병 위험도를 N 정도로 보았는데 MBC는 허위로 그 위험도를 N+1 정도로 과장하여 보도함으로써 - 자신들의 명예를 훼손하였다는 것이다. 하지만 이와 같은 사물에 대한 평가, 특히 사실적 주장에 대한 동의가 이루어지지 않는다고 하여 어느 한 쪽의 주장을 허위라고 단정하여 그 주장이 그 주장에 반하는 평가를 한 자의 명예를 훼손하였다고 법적 책임을 지우는 것은 사회 전반적으로 수인할 수 없는 표현의 자유에 대한 심대한 침해가 될 것이다. 사람들은 항상 자신의 주변 사물들에 대한 평가를 하기 때문이며 이 평가들은 항상 일치하지 않을 수 있다. 그런데 그와 같은 평가가 같은 사물에 대해 평가를 내린 다른 사람들의 명예에도 영향을 줄 가능성까지 고려하여 평가를 하여야 한다면 누구도 사물에 대한 평가를 하려 하지 않을 것이다. 특히 사물들에 대한 평가는 과학의 발전을 위해 필수적이다. 이에 따라 미국에서는 법적으로 과학계의 논문들이 다른 과학자들의 가설을 평가함에 있

사실적 주장에 대한 동의가 이루어지지 않는다고 하여 그 주장에 반하는 평가에 대해 법적 책임을 지우는 것은 표현의 자유에 대한 심대한 침해가 될 것

어 사실적인 허위가 있다고 할지라도 이 평가가 그 과학자들의 명예를 저하한 것으로 인정하지 않는다.³⁹⁾ 그 이유는 “과학자들은 항상 가설과 이론들을 의심하며 이 의심은 지식을 확장시키기” 때문이며 과학적 명제들은 “영원히 재수정을 거쳐야” 하는데⁴⁰⁾ 과학적 명제들에 대한 평가가 그 명제를 주장한 과학자들의 명예를 훼손할 수 있다는 법적 가능성을 열어두면 과학은 불가능해질 것이다.

자세히 살펴보면 위의 수사는 명예훼손 형사처벌제도의 폐지근거를 제시하는 통렬한 우화라고 보인다. 국민의 일부와 국가는 미국산 쇠고기의 광우병 가능성에 대하여 이견을 가지고 있던 것으로 보인다. 물론 이것은 절대적 이견이 아니라 상대적 이견이다. 국가는 핸드폰이나 자동차의 미국수출을 증진시키는 FTA 체결과 맞바뀌도 될 정도로 미국산 쇠고기 수입허용은 상대적으로 안전한 것이었고 MBC PD수첩은 그렇게 하기에는 상대적으로 불안정하다는 것이었다. 그런데 정부는 검찰을 앞세워 자신의 주장이 옳다는 것을 논리를 통해 입증하려고 하기 보다는 형사처벌로 제압하려고 하고 있는 것이다.

아. 소결

명예훼손 형사처벌제도의 가장 큰 문제는 명예훼손은 궁극적으로 표현의 자유와 충돌 관계에 있는데 표현의 자유의 핵심은 정부정책에 대한 비판임에도 불구하고 이 제도는 이 비판에 대해 정부의 한 부처인 검찰이 범죄수사를 할 수 있도록 한다는 점이라고 할 수 있다. 물론 이에 대한 매우 간단한 반론이 삼권분립이론에서 나올 수 있으며 이에 대해서는 아래에서 살펴보도록 한다.

4. 유지론

가. “민사피해구제가 불충분하다”

명예가 보호되어야 하는 공익이라면 이를 보호하기 위해 형사제도가 필요하다는 반론은 주로 미국 시스템과의 비교에 기초하고 있다. 우리나라는 변호사 숫자도 적고 징벌적 손해배상도 도입되어 있지 않으므로 민사적 구제로는 불충분하므로 국가가 개입하여 형벌로서 명예를 보호해야 한다는 것이다.

그러나 민사적 구제가 불충분한 분야는 명예훼손 분야만이 아니다. 위에서 살펴본 바와 같이 명예훼손 형사처벌제도 폐지론은 형사처벌제도는 민사구제제도가 가지고 있지 않은 고유한 해악이 있다는 것이다. 즉 표현의 자유의 핵심적 보호영역은 정부에 대한 비판임에도 불구하고 형사처벌제도는 정부부처의 하나인 검찰이 정부에 대한 비판에 대해 범죄수사를 하도록 한다는 것이다. 위의 유지론은 이 주장에 대해 적절한 대답을 하지 못하는 것으로 보인다.

물론 위 주장은 정부비판이 아니라 사인에 대한 표현에 대해서는 형사처벌을 유지할 수 있으며 정부에 대한 표현에 대해서는 형사처벌을 폐지한다는 절충안으로 전환될 경우 강력해질 수 있다.

나. 정부비판에 대한 위법성 조각사유의 강화

위에서 말하였듯이 명예훼손 형사처벌제도의 폐지론의 핵심에는 정부 비판의 중요성과 형사처벌의 주체가 정부 자신이라는 점이다. 즉 형사처벌은 누군가 해

39) *Ezrailson v. Rohrich*, 65 S.W.3d 373, (Tex. App. 2001)

40) *Daubert v. Merrell Dow Pharms. Inc.*, 509 U.S. 579, 597, 113 S.Ct. 2786, 125 L.Ed.2d 469 (1993)

야 하는데 검찰이 할 수 밖에 없으며 검찰이 속해 있는 정부에 대해 공정할 수가 없다는 것이다.

이에 대해 혹자는 정부에 대한 비판은 공적인 사안이 되므로 첫째, 현행 법상으로 일부 허위가 있어도 합법성이 인정되고, 둘째, 진실로 간주가 되면 역시 공적인 사안이므로 면책이 된다는 점을 들고 있다. 그러므로 실제로 현행법이 그대로 집행된다고 하더라도 상당 부분 명예훼손 형사처벌제도의 고유한 위협은 제거될 수 있다. 특히 검찰은 검찰 스스로 피의자의 기본권을 제한할 수 없다. 압수, 수색, 체포, 구속 등 검찰이 피의자의 기본권을 제한하려면 반드시 영장이라는 문서를 통해서 법원의 허락을 받아야 하고 검찰은 법원이 발부한 영장을 집행하는 것 뿐이다. 징역, 벌금 등의 영구적 결정은 법원이 재판을 통해 결정하는 것임은 말할 것도 없다. 그러므로 행정부 및 입법부로부터 독립된 사법부가 이 과정을 통제하는 한 검찰이 형사처벌의 주체가 된다는 것은 명예훼손 형사처벌 유지 논쟁에서 제거되어야 한다. 특히 위의 PD수첩 광우병 보도에 대한 수사의 과오는 사실이 아니라, 체포영장 및 압수수색 영장을 발부해 준 법원 측에 있다고 볼 수 있겠다.

이것이 필자가 생각하기에 이론적으로 가장 강력한 유지론이라고 여겨진다.

그러나 우리나라의 현실은 어떠한가? 형사소송법의 영장발부요건이 제대로 지켜지지 않아 검찰은 체포영장이나 압수수색영장을 무기로 피의자의 신술거부권을 거의 무시하고 일방적으로 피의자를 밀어붙일 수 있다. 또 검찰이 ‘허위’를 입증하지도 않은 상황에서 피해자에게 ‘진실이라고 믿을만한 상당성’을 입증할 책임을 지우고 그 책임이 충족되지 않으면 유죄가 선고되는 상황이 비일비재하다.⁴¹⁾

5. 결 론

명예훼손 형사처벌의 폐지는 국제적 흐름이고 그 흐름을 추동하는 것은 이

검찰에 영향력을 미칠 수 있는 공직자나 국가기관에게 명예훼손 피해자로서의 지위를 인정하지 않는 것도 권력에 의한 남용 가능성에 대한 적절한 대처 방안일 수 있어

41) 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 폐지 및 ‘허위’ 입증책임 소재 확립”- 노회찬 ‘떡값검사’ 판결, PD수첩수사, 장자연 리스트 사태에 대하여”, 2009년 4월 14일 <국민의 알권리인가? 명예훼손인가? - 장자연 사건에서 바라본 국민의 알권리와 명예훼손> 토론회 발제문

제도가 권력자의 영향력 하에 있는 검찰의 기소권을 매개로 권력자의 체제유지에 남용되어 왔다는 엄중한 역사가 있다. 그리고 그 남용 가능성은 PD수첩 광우병 보도에 대한 검찰수사에서 나타나고 있다. 물론 이와 같은 위험성을 이유로 하여 반드시 제도 자체를 폐지해야 하는 것은 아니다. 사법부가 검찰의 기소권과 조사권을 엄정한 영장주의 하에 통제한다면 명예훼손 형사처벌 제도의 존립도 허용될 수 있다. 또 검찰에 영향력

을 미칠 수 있는 공직자들이나 국가기관에게 명예훼손 피해자로서의 지위를 인정해주지 않는 것도 권력에 의한 남용가능성에 대한 적절한 대처방안일 수 있다. 또 는 일본처럼 신화의 경지에 이를 정도로 정권과의 독립성을 유지하고 있는 검찰을 운영하는 것도 한 방법일 수 있다. 중요한 것은 엄정한 영장주의, 공직자를 보호하는 명예훼손죄 폐지, 독립적인 검찰 모두는 명예훼손 형사처벌제도의 폐지만큼이나 어렵다는 것이다. 